

3.3.3 Il rapporto tra illegittimità e illiceità: analisi logica

Occorre scrutinare la dimensione in cui la frattura tra i due concetti – immanente alla struttura logica del “fatto illecito” da potere amministrativo¹ – si esplica. Le ipotesi sono due:

- 1) illegittimità di provvedimenti restrittivi, relativamente alla possibilità di rinnovazione del potere;
- 2) illegittimità dei provvedimenti di diniego, relativamente all'accertamento della fondatezza dell'istanza.

Con riferimento alla prima ipotesi la questione viene sbrigativamente risolta nel senso che il provvedimento è comunque causa di un danno ingiusto, poiché il bene della vita del privato risulta sacrificato, mentre la successiva legittima adozione di un provvedimento restrittivo vale solo a delimitare il danno risarcibile, nel senso che la compressione della posizione soggettiva del privato può essere risarcita fino a tale momento. Diversamente opinando, infatti, sarebbe la mera esistenza del potere, e non già il suo esercizio legittimo nel caso concreto, a giustificare la lesione della situazione soggettiva del destinatario, in violazione del principio di legalità, che impone all'amministrazione di usare il potere correttamente, essendo ammissibile che il sacrificio dell'interesse individuale, in nome dell'interesse pubblico, avvenga solo se siano rispettate le condizioni che la legge pone, essendo le stesse di per sé volte a illuminare l'ambito in cui il perseguimento dell'interesse pubblico è ritenuto corrispondente alle finalità generali dell'ordinamento. Ciò varrebbe anche in presenza di violazioni procedimentali, poiché le modalità in cui il potere deve essere costruito in uno Stato di diritto sono altrettanto essenziali per legittimare il sacrificio dell'interesse individuale. Ne consegue che, in materia di interessi legittimi oppositivi anche quelli di ordine formale ricevono tutela risarcitoria². Un correttivo a quest'impostazione³, come vedremo, può discendere dall'applicazione dell'art. 21-octies comma 2 della legge n. 241 del 1990.

Assai più complesso il problema relativo agli interessi legittimi pretensivi, per i quali la sentenza 500/99 della Corte di Cassazione – cui aderiscono la dottrina e la giurisprudenza largamente

¹ Poiché il danno è causato dall'esercizio del potere la situazione soggettiva danneggiata non è risarcibile solo perché qualificata dall'ordinamento giuridico nei confronti della concreta manifestazione del potere (illegittimità dell'atto), occorrendo verificare se è qualificata anche nei confronti del potere astrattamente esistente.

² A prescindere da qualsiasi giudizio prognostico, che qui avrebbe ad oggetto il riesercizio del potere amministrativo. La soluzione contraddice il consolidato orientamento giurisprudenziale che vuole il ricorso inammissibile per difetto di interesse ad agire quando dall'accoglimento di una censura di ordine formale non deriverebbe alcuna utilità per il ricorrente, restando impregiudicato il potere dell'amministrazione di adottare un provvedimento di contenuto analogo, depurando il procedimento o l'atto del vizio formale riscontrato.

³ Piuttosto premiante per il privato, il quale ottiene un ristoro patrimoniale a fronte della compressione di un bene sostanzialmente “giusta”, poiché rientrante nei poteri dell'amministrazione, ma che viene attuata attraverso un provvedimento formalmente viziato. In epoche in cui si discute molto di giudizio sul rapporto appare contraddittorio celebrare, proprio ai fini del risarcimento del danno, il giudizio sull'atto.

prevalenti – affida la soluzione a un giudizio prognostico, senza precisare quali siano le modalità e lo *standard* epistemologico di tale giudizio⁴.

Premesso che, per principio generale, il giudizio prognostico implica una valutazione *ex ante* ed in concreto, avendo il giudizio ad oggetto il prevedibile sviluppo dell'azione amministrativa, esso può definirsi come un'attività intellettuale del giudice in cui egli si sostituisce ipoteticamente all'amministrazione nell'applicare il potere attribuito dalla legge alla situazione reale – che ne giustifica ed impone l'esercizio nel caso concreto – alla luce dei fatti e delle norme pertinenti.

I problemi che si pongono in tale situazione sono di due ordini. Il primo attiene all'ammissibilità della sostituzione del giudice all'amministrazione, il secondo al grado di probabilità che l'accertamento giurisdizionale in ordine all'ipotetico esito del procedimento amministrativo deve possedere per essere posto alla base della condanna al risarcimento del danno.

Tali problemi sono inscindibilmente collegati, perché dipendono dalla natura dell'indagine che il giudice è chiamato a svolgere: egli deve prevedere l'effetto (il provvedimento amministrativo) di una determinata causa (i fatti e le norme che regolano la funzione amministrativa nel caso concreto), sicché il suo giudizio ha natura predittiva⁵. Nella realtà tale compito spetta all'amministrazione, qui viene assegnato al giudice. Ma il profilo di sostituzione non può essere apprezzato senza tener conto della natura di detto compito. I giudizi predittivi hanno natura deduttiva quando la causa è nota e l'interprete fa applicazione di leggi universali, mentre nell'attività amministrativa ciò avviene raramente. Al giudice, dunque, viene attribuito non solo (e non tanto) il potere di svolgere un compito dell'amministrazione, quanto quello di svolgerlo avvalendosi delle prerogative che la stessa detiene, attinenti all'applicazione delle norme ed all'accertamento dei fatti (attività vincolata), o addirittura alla valutazione degli interessi (attività discrezionale). Poiché gran parte di queste prerogative implicano una scelta, l'accertamento del giudice in ordine al provvedimento che si sarebbe dovuto emanare raramente sarà caratterizzato da certezza.

Se possa il giudice sostituirsi all'amministrazione e quale sia lo *standard* di conoscenza dell'esito dell'azione amministrativa sono, dunque, aspetti che vanno esaminati insieme, nonostante dottrina e giurisprudenza approfondiscano solo il primo, risolvendo il secondo come un corollario.

⁴ «Circa gli interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta».

⁵ Il che è infrequente. Normalmente, infatti, il giudice valuta l'accaduto e non cosa sarebbe dovuto accadere. Tale ultimo accertamento è bensì possibile (si pensi alla causalità), ma come *ricostruzione* postuma di un fatto accaduto di cui voglia verificare i decorsi alternativi, muovendo dall'effetto alla causa.

L'analisi, come emerge chiaramente da quanto precede, va svolta considerando la struttura logica del giudizio prognostico, che varia a seconda che il potere amministrativo esercitato sia vincolato o discrezionale. In proposito possono individuarsi tre fattispecie⁶:

- a) attività puramente vincolata;
- b) attività vincolata con discrezionalità tecnica;
- c) attività discrezionale.

In ipotesi di attività puramente vincolata il giudice ben potrà compiere la valutazione prognostica e verificare la sussistenza all'epoca della presentazione dell'istanza di tutti i presupposti di legge che consentivano di ottenere il bene della vita. Tale indagine, infatti, postula soltanto l'interpretazione di norme giuridiche del primo tipo e l'accertamento di fatti semplici in cui non vi è alcuno spazio di discrezionalità, sicché la sostituzione del giudice all'amministrazione è fisiologica. Sul piano logico, infatti, essendo l'azione amministrativa oggetto di un'inferenza deduttiva rigorosa⁷, essa si presta ad una ricostruzione imparziale del giudice, che svolge il compito che gli è proprio: l'effetto è il prodotto automatico della sussunzione della premessa minore (caso) nella premessa maggiore (regola), come si evince nitidamente dal noto sillogismo.

Attività vincolata – deduzione rigorosa

(la premessa maggiore è costituita dalla sola norma giuridica)

| PREMESSA MINORE | PREMESSA MAGGIORE | CONCLUSIONE |
|--|---|---|
| Fatti semplici Potere vincolato | Norma giuridica analitica del 1° tipo (definisce i presupposti del provvedimento) | Effetto (provvedimento vincolato) |

L'effetto è il risultato dell'applicazione del potere vincolato dalla norma giuridica al caso concreto. La fattispecie ha una struttura precettiva "forte", atteso che l'intermediazione del potere è predeterminata dalla legge in modo assoluto. L'unica differenza, dunque, è che il potere viene idealmente esercitato dal giudice. Ciò è ammesso perché la sentenza di condanna al risarcimento danni non ha efficacia costitutiva del rapporto giuridico amministrativo (consentita solo nel giudizio di ottemperanza), ma dichiarativa e contiene – in caso di esito favorevole al privato – un ordine a contenuto meramente patrimoniale.

In ipotesi di attività vincolata caratterizzata da discrezionalità tecnica l'ammissibilità del giudizio prognostico è meno evidente. L'indagine giurisdizionale, infatti, postula l'interpretazione di norme

⁶ Cap. XIV, § 5.

⁷ Per quanto condizionata dall'esercizio del potere.

giuridiche del secondo (o addirittura terzo) tipo e l'accertamento di fatti complessi, che implicano l'uso di regole tecniche caratterizzate da un margine più o meno ampio di opinabilità, anche quando abbiano natura scientifica⁸.

Parte della dottrina risponde al quesito in senso positivo, argomentando dall'art. 2, comma 5 della legge 241/90, il quale, nel consentire al giudice amministrativo di conoscere della fondatezza dell'istanza nel caso di silenzio inadempimento (senza, quindi, che esista un'istruttoria amministrativa cui appoggiarsi), implica che una tale opzione sia a maggior ragione consentita in quelle ipotesi in cui un'istruttoria sia stata espletata, qual è il caso di annullamento di provvedimento amministrativo di rigetto dell'istanza.

L'argomento, più che essere debole, non c'è. La norma invocata stabilisce che *“il giudice può conoscere della fondatezza dell'istanza”*, ma non prevede quando, sicché l'ammissibilità di un sindacato giurisdizionale nei casi di discrezionalità tecnica volto ad accertare (non già la legittimità della scelta compiuta ma) la scelta che l'amministrazione avrebbe dovuto compiere è una affermazione che dovrebbe essere dimostrata rigorosamente per poter essere posta alla base di un ragionamento ulteriore.

In assenza di argomenti normativi⁹ è doveroso richiamare la struttura logica dell'attività tecnicamente discrezionale, onde stabilire i termini in cui tale attività sia accessibile al giudice nella cognizione sulla domanda risarcitoria.

Attività vincolata con discrezionalità tecnica – deduzione approssimata

(la premessa maggiore è integrata da regole scientifiche a carattere relativo)

| PREMESSA MINORE | PREMESSA MAGGIORE | CONCLUSIONE |
|---|--|---|
| Fatti complessi Potere vincolato | Norma giuridica analitica del 2° o 3° tipo (definisce i presupposti del provvedimento, ma per accertare taluni di essi rinvia a norme tecniche non esatte) | Effetto (provvedimento vincolato) |

⁸ Ad esclusione delle scienze matematiche, scienze esatte – idonee a coniare leggi la cui validità sia pari ad 1 – non esistono se non nei laboratori, dove la verifica sperimentale ha un grado di fallibilità molto basso, legato a difetti – di comportamento o di interpretazione – dell'operatore umano.

⁹ Che non possono ricavarsi né dalla previsione della consulenza tecnica nella giurisdizione di legittimità (di per sé al più idonea a giustificare l'espansione del sindacato sulle scelte tecniche effettivamente compiute), né dalla figura dell'illegittimità non invalidante nei casi di attività vincolata (che riguarda il diverso tema dell'incidenza di un vizio formale sulla decisione).

L'effetto è il risultato dell'applicazione del potere vincolato dalla norma giuridica al caso concreto, ma il potere è caratterizzato da margini di scelta nell'accertamento dei fatti. La fattispecie ha una struttura precettiva semi-forte, atteso che l'intermediazione del potere è predeterminata dalla legge in modo non assoluto.

Anche qui la sostituzione del giudice all'amministrazione è ammessa, non riguardano il merito dell'attività amministrativa ma solo un accertamento tecnico, destinato a sfociare in una statuizione patrimoniale e non nell'adozione di un provvedimento. Il problema che si pone, invece, è un altro: il grado di probabilità di questo accertamento, che non potrà mai essere assoluto.

Al riguardo deve ritenersi che, essendo detto accertamento preordinato all'applicazione di una norma di diritto civile e in assenza di ulteriori profili che inducano a preferire parametri più rigorosi, operi il criterio – proprio di tale ordinamento – del “più probabile che non”¹⁰, la cui applicazione porterebbe senz'altro alla soluzione di ritenere normalmente praticabile in tale situazione la tutela risarcitoria.

In ipotesi di attività discrezionale l'ammissibilità del giudizio prognostico è assai dubbia. La discrezionalità amministrativa è definita come scelta elettiva tra più comportamenti previsti a pari livello dalla norma attributiva del potere, il cui momento essenziale attiene alla comparazione degli interessi che ruotano attorno alla funzione esercitata¹¹. In siffatte ipotesi il rischio di un'ingerenza del giudice nella sfera riservata alla pubblica amministrazione è tangibile, ove si consideri che la costruzione virtuale del procedimento implica necessariamente l'uso della discrezionalità. Le tesi che si sono affermate sul punto sono diverse.

Secondo una prima impostazione il risarcimento del danno potrebbe essere domandato solo dopo che la P.A. – in sede di adeguamento spontaneo al giudicato di annullamento o in sede di ottemperanza – abbia emanato il provvedimento richiesto. L'accertamento della spettanza del bene della vita, dunque, sarebbe precluso al giudice e la responsabilità civile dell'amministrazione potrebbe essere dichiarata solo dopo che la stessa l'abbia certificata, accogliendo l'istanza a suo tempo proposta, con la conseguenza che il risarcimento del danno sarebbe limitato al ritardo.

Poiché tale orientamento neutralizzerebbe, di fatto, l'autonomia dell'azione di risarcimento del danno¹², comportando da un lato la scomparsa della tutela per equivalente, dall'altro il rischio di azzeramento di qualsiasi tutela qualora sopravvenienze di fatto o di diritto impediscano il rilascio del provvedimento, un altro orientamento ha sostenuto che andrebbe riconosciuta la possibilità di far valere l'illecito civile dell'Amministrazione, la cui discrezionalità sarebbe salvaguardata dalla

¹⁰ Con riguardo, invece, al pregiudiziale accertamento dell'invalidità del provvedimento lesivo opera il criterio del “oltre ogni ragionevole dubbio”, per le ragioni di cui si dirà a suo tempo.

¹¹ Cap. XIV, § 3.1.

¹² Che sarebbe subordinata al preventivo annullamento dell'atto e al successivo riconoscimento in sede amministrativa o nel giudizio di ottemperanza della pretesa del privato.

possibilità di costituirsi in giudizio ed evidenziare le ragioni di infondatezza della pretesa, esternando i motivi, anche di merito, ostativi al rilascio del provvedimento. Il giudizio risarcitorio diverrebbe in tal modo la sede naturale nel quale l'Amministrazione è chiamata ai fini processuali ad una riedizione dell'attività amministrativa, con la conseguenza che, laddove i motivi esposti per giustificare il diniego risultassero illegittimi, ben potrà il giudice riscontrare la fondatezza dell'istanza ed accertare l'ingiustizia del danno subito.

In un recente arresto la Corte di Cassazione¹³ ha respinto entrambe le tesi.

Con riferimento alla seconda la Suprema Corte ha affermato che «allorquando l'istanza di accoglimento di un provvedimento sia stata negata dall'Amministrazione sulla base dell'esercizio di un potere di valutazione espressione di discrezionalità amministrativa ed il provvedimento di diniego sia stato annullato dal G.A. per insufficienza od inidoneità della motivazione (come accaduto nella fattispecie all'esame della Corte), di modo che l'Amministrazione sia sostanzialmente tenuta non già a provvedere positivamente, bensì a provvedere nuovamente motivando in modo idoneo, il privato che agisca per il risarcimento del danno da lesione dell'interesse pretensivo è tenuto ad allegare e dimostrare (a parte profili rilevabili d'ufficio) gli elementi di fatto e di diritto che rendono fondata la sua istanza. Gli elementi in questione devono essere altresì idonei ad evidenziare che l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione non avrebbe potuto che estrinsecarsi che con il suo accoglimento, non potendo postularsi che la fondatezza della domanda possa senz'altro desumersi per effetto della mancata allegazione in giudizio da parte dell'amministrazione di ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza diverse da quelle ritenute insufficienti per come esplicitate nel provvedimento di diniego oppure per effetto della mancata deduzione dell'avvenuto approfondimento di dette ragioni». La Corte di Cassazione fa applicazione del criterio di riparto dell'onere della prova, secondo cui chi agisce per il risarcimento del danno deve allegare e provare l'ingiustizia del danno, non potendo tale prova desumersi dal fatto che l'Amministrazione non si sia difesa. Ne consegue il rigetto della tesi per la quale, imponendo all'Amministrazione di indicare le ragioni ostative all'accoglimento della domanda, il giudice avrebbe una piattaforma per accertare la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta dal privato, anche quando la stessa implichi valutazioni di ordine discrezionale.

Con riguardo, invece, alla prima la Suprema Corte è diretta: «non è sostenibile che, nel caso di annullamento in sede giurisdizionale amministrativa – per insufficienza od inadeguata motivazione sull'esercizio del relativo potere discrezionale – del diniego del rilascio di un provvedimento richiesto a soddisfazione di un interesse pretensivo, il diritto al risarcimento del danno del privato

¹³ Cass., sez. III, n. 18511 del 2007, in un caso in cui il provvedimento di diniego era stato annullato per insufficienza di motivazione nella ponderazione degli interessi coinvolti.

sorga soltanto qualora successivamente l'Amministrazione provveda positivamente e si identifichi nel cosiddetto danno da ritardo, dal momento che non è configurabile alcun danno in mancanza di tale successivo provvedimento positivo. Fermo che nel caso di adozione del provvedimento tardivo sarà configurabile solo un danno da ritardo, nel caso che tale adozione sia mancata, proprio sulla base dei principi tracciati dalla sentenza numero 500 del 1999 il danno è configurabile – nei sensi ed alle condizioni indicate – come danno da mancato conseguimento del provvedimento ampliativo».

La pronuncia in rassegna, se esclude le principali soluzioni proposte in dottrina e giurisprudenza, optando per l'ammissibilità del giudizio risarcitorio secondo le regole ordinarie del processo, non scioglie affatto il quesito relativo ai presupposti ed ai limiti di tale giudizio, in presenza di valutazioni amministrative discrezionali.

La questione non può prescindere da una attenta considerazione della struttura logica della discrezionalità amministrativa e del tipo di cognizione che il giudice esplica su di essa.

Attività discrezionale – deduzione imperfetta

(la premessa maggiore è integrata da regole non scientifiche)

| PREMESSA MINORE | PREMESSA MAGGIORE | CONCLUSIONE |
|---|---|---|
| Fatto Potere discrezionale | Norma giuridica non analitica (non definisce tutti i presupposti del provvedimento) <i>Norma economico-sociale</i> | Effetto (provvedimento discrezionale) |

L'effetto è il risultato dell'applicazione del potere non vincolato dalla norma giuridica (potere discrezionale) al caso concreto. La fattispecie ha una struttura precettiva debole, perché la norma extragiuridica che disciplina il potere non ha rilevanza giuridica (ma indirizza il merito della scelta amministrativa), non essendo la sua violazione sindacabile dal giudice amministrativo.

Risulta chiaro, da quanto precede, che la costruzione virtuale del potere è possibile solo se la fattispecie concreta dia al giudice amministrativo la possibilità di svolgere quel sindacato sulla discrezionalità che gli è consentito nel giudizio di legittimità.

Al riguardo può anticiparsi che la soluzione va ravvisata nelle formule euristiche che governano l'accertamento del giudice come ogni procedimento di conoscenza, specie quelli a più marcata valenza probabilistica. Ammesso – nelle situazioni di cui si dirà tra breve – che il giudice “costruisca” il potere discrezionale, la sua operazione resterà sempre piuttosto incerta, e tale margine di incertezza dovrà essere contenuto in termini accettabili attraverso la procedura di

conferma per confutazione delle ipotesi alternative¹⁴. Il giudizio prognostico sull'attività discrezionale può configurarsi nelle seguenti due ipotesi.

In primo luogo i casi di discrezionalità limitata e conformata. Si ha quando la quota della discrezionalità amministrativa è ridotta, perché le norme tendendo a regolare quasi tutto dell'esercizio del potere¹⁵, o è conformata, perché l'Amministrazione ha adottato atti generali o una prassi che indirizza l'esercizio del potere amministrativo, oppure si è formata una giurisprudenza sui vizi di eccesso del potere in procedimenti analoghi che ha dettato regole sull'esercizio della funzione amministrativa, sia pure non vincolanti, perché frutto di una elaborazione che si fonda su una stratificazione degli enunciati legati al sindacato sostanziale che il giudice amministrativo opera in quella materia. Poiché queste regole si formano attraverso argomentazioni induttive (cioè per generalizzazione di fenomeni costanti nei giudizi in cui è parte una P.A.), la loro garanzia è minore nel guidare la valutazione del giudice in ordine al corretto esercizio della discrezionalità nel caso sottoposto alla sua attenzione, sicché maggiore dovrà essere la verifica di eventuali soluzioni alternative.

In secondo luogo i casi in cui il procedimento amministrativo, pur avendo un esito illegittimo, contenga un'istruttoria sugli interessi completa ed una ponderazione analiticamente descritta nella motivazione. In tali ipotesi il giudizio prognostico è agevolato dalla circostanza che il giudice si basa sull'attività amministrativa già posta in essere, rifacendo solo quei passaggi in cui è ravvisabile un vizio di legittimità. Qualora tali passaggi non implicino valutazioni discrezionali o, comunque, le stesse possano essere effettuate tenendo conto degli altri segmenti funzionali, egli sarà in grado di effettuare una costruzione virtuale del potere aderente alla realtà dell'amministrazione, senza invadere la sfera riservata a quest'ultima.

In entrambi i casi il giudizio ha natura causale. Infatti, per accertare se il provvedimento ampliativo sarebbe stato rilasciato in assenza dell'illegittimità riscontrata occorre un'indagine di tipo ipotetico controfattuale, sostituendo il "frammento" del potere viziato con quello corretto. Se l'evento (il provvedimento di diniego¹⁶) si sarebbe comunque verificato significa che l'illegittimità non è stata causa (nel senso di *condicio sine qua non*) dello stesso e, dunque, l'atto illegittimo non può dirsi anche ingiusto. Al contrario ove il giudizio controfattuale dia esito negativo, nel senso che il provvedimento sarebbe stato favorevole, il provvedimento illegittimo è anche ingiusto, perché ha impedito all'interessato di conseguire il bene della vita che gli spettava.

¹⁴ Volume 1, cap. IX, § 7.2.

¹⁵ E' il caso di interessi "forti" assicurati in sede legislativa.

¹⁶ Qui da intendersi non solo come il provvedimento di diniego in concreto adottato, ma anche come qualsiasi altro provvedimento avente contenuto negativo per il privato.

Poiché le leggi di copertura di siffatta operazione hanno carattere eminentemente relativo (le regole di formazione della decisione discrezionale) l'esito avrà sempre un tasso probabilistico. La forza della conclusione, tuttavia, sarà assai diversa a seconda del vizio che affligge il provvedimento amministrativo di diniego.

In linea di massima il rilievo di un vizio di ordine formale rende più difficile il giudizio prognostico, perché "non consuma" il potere amministrativo di provvedere negativamente sull'istanza. In tal senso può intendersi la prevalente giurisprudenza che esclude dal risarcimento del danno gli interessi legittimi pretensivi che abbiano valenza formale o procedimentale. Fa eccezione il caso, del tutto peculiare, in cui procedimento amministrativo non si sia concluso con l'accoglimento dell'istanza per un vizio di contraddittorietà esteriore o per ragioni formali, ma la scelta dell'amministrazione risultava orientata in senso favorevole al privato. In tal caso il giudizio in ordine alla fondatezza dell'istanza nella sostanza è già stato operato dall'amministrazione, e il giudice si limita a elidere mentalmente il vizio che ne ha impedito l'accoglimento.

Viceversa, il riscontro di un'illegittimità sostanziale conforma l'esercizio del potere, lasciando spazio al giudice per una valutazione di tipo prognostico sul suo prevedibile legittimo sviluppo. Peraltro, dovendo comunque il giudice rifare la scelta dell'amministrazione, la sua valutazione in ordine alla fondatezza dell'istanza ha esito meramente probabile, poiché egli applica principi generali per individuare la scelta legittima, ma non può apprezzarne il merito secondo i parametri di buona amministrazione. In tal caso per sostenere che il provvedimento sarebbe stato favorevole con un grado sufficiente a giustificare una pronuncia di condanna occorre che siano escluse o, quanto meno, ritenute meno probabili, le ipotesi alternative.

Allorquando la fattispecie concreta non consenta al giudice di formulare una valutazione di verosimiglianza sull'esito del procedimento la giurisprudenza ha elaborato una soluzione per non vanificare la tutela risarcitoria: riconoscere il danno da perdita di *chance*¹⁷. In tale ipotesi, come già affermato nella responsabilità tra privati¹⁸, il concetto di *chance* non identifica una diversa sequenza causale in cui il nesso eziologico tra condotta ed evento finale si evincerebbe dalla sola probabilità del suo verificarsi, ma una diversa figura di danno, incentrata non sul mancato raggiungimento del risultato, ma sulla perdita della possibilità di conseguirlo. In altre parole qui cambia il bene della vita la cui spettanza deve essere accertata dal giudice: ai fini della declaratoria della responsabilità civile sarà sufficiente verificare che l'azione amministrativa, ove correttamente esercitata, avrebbe dato all'interessato una ragionevole probabilità di conseguire il provvedimento ampliativo.

¹⁷ Terreno fertile di tale elaborazione il settore di gare e concorsi pubblici.

¹⁸ Cass. III sez. n. 4400 del 2004.

Tale soluzione è stata criticata perché finirebbe per appiattare l'elemento sostanziale dell'interesse legittimo pretensivo su quello formale, pervenendo ad un'affermazione indiscriminata dell'ingiustizia del danno nei casi di esercizio illegittimo delle funzioni ampliative, in contrasto con lo schema risarcitorio che postula un divario tra illegittimità ed illiceità. L'argomento è debole, poiché non ogni illegittimità del provvedimento si traduce in ingiustizia del danno, occorrendo pur sempre il positivo riscontro di una accettabile probabilità di accoglimento dell'istanza.

Appare decisivo riconoscere che l'interesse legittimo pretensivo – esprimendo un affidamento del privato sul potere amministrativo – contiene in sé sia l'uno che l'altro bene della vita: sia, cioè, la spettanza del provvedimento, sia la qualificata possibilità di soddisfacimento del bene della vita, perché, in un mondo incerto, non solo fenomenicamente ma anche giuridicamente, anche l'interesse “minore” è meritevole di tutela dall'ordinamento. Naturalmente, qualora sia ritenuta sussistente la responsabilità dell'amministrazione, il risarcimento sarà limitato alla *chance*, subendo una corrispondente riduzione rispetto al risarcimento integrale.